

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique

Amory, Bernard

Published in:

Le notariat et l'informatique

Publication date:

1985

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Amory, B 1985, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique. Dans *Le notariat et l'informatique*. p. 247-263.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique

Bernard AMORY

*Conseiller juridique au Cabinet Dechert, Price & Rhoads
et Assistant au Centre de Recherches Informatiques
et Droit des Facultés Universitaires de Namur*

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre I - La crédibilité des documents informatiques

Section 1 - Le risque d'erreur

Section 2 - Le risque de fraude

Chapitre II - Le droit de la preuve et les nouvelles techniques de traitement et de conservation des données

Section 1 - Les dispositions du Code civil

Section 2 - Les dispositions comptables, fiscales et sociales

Chapitre III - Le droit de la preuve et les nouvelles techniques de conclusion des transactions

Section 1 - Les exigences légales

Section 2 - Les exceptions et leur application aux contrats télématiques

Chapitre IV - Vers des solutions techniques

INTRODUCTION

L'un des avantages qu'a apporté l'usage de l'ordinateur dans la vie des affaires est de permettre la réduction du volume des documents conservés dans les archives et d'en faciliter le traitement. Le nombre d'informations dont la loi exige la conservation pendant des délais parfois assez longs, pose dans certains cas de réels problèmes de place qui se répercutent sur les frais généraux¹. Nul ne conteste aujourd'hui la nécessité pour les entreprises de pouvoir procéder à des enregistre-

1. Cf. à cet égard les chiffres impressionnants donnés par F. Chamoux, *Le droit de la preuve dans les affaires*, Litec, Paris, 1979, pp. 103 et suivantes.

ments directs ou indirects sur bandes magnétiques ou archiver leurs informations sur des microfilms? Certaines de ces techniques ont déjà fait leur apparition dans la pratique notariale.

L'usage combiné de l'informatique et des télécommunications (combinaison connue sous le nom de « télématique ») offre encore d'autres possibilités comme la réalisation à distance de certaines opérations telles que les transferts électroniques de fonds, les commandes de biens de consommation, les consultations de banques de données et les échanges d'informations. Certaines de celles-ci notamment les deux dernières pourraient se révéler très utiles aux notaires.

Ces nouvelles techniques dont on découvre seulement les premières possibilités d'application soulèvent dès à présent des questions juridiques parfois difficiles, notamment en matière de droit de la preuve.

Le traitement et la conservation d'informations sous forme de documents informatiques (listings d'ordinateur, bandes magnétiques, microfilms de sortie d'ordinateurs dits « microfilms COM ») constituent-ils la préconstitution valable d'une preuve à faire valoir en cas de litige? Ces procédés sont-ils conformes aux exigences du droit comptable, fiscal et social relatives à la préparation et à la conservation des documents? Si oui, à quelles conditions? (Chapitre 2.)

Les transactions qui peuvent aujourd'hui se réaliser par le biais d'ordinateurs (dites « transactions télématiques ») sont-elles des actes juridiques et répondent-elles aux exigences légales de preuve des actes juridiques? (Chapitre 3.) L'approche de ces problèmes juridiques sera précédée par un aperçu général de la crédibilité des documents d'origine informatique ou télématique (Chapitre 1) et suivi de quelques réflexions sur des solutions techniques aux problèmes juridiques évoqués (Chapitre 4).

Chapitre I

LA CRÉDIBILITÉ DES DOCUMENTS INFORMATIQUES

Préalablement à une étude juridique de la valeur probante des documents informatiques et télématiques, il est utile d'examiner très brièvement leur crédibilité dans l'état actuel de la technique. Dans

2. Ibidem et B. Amory et Y. Pouillet, *Le droit de la preuve face à l'informatique, Approche de droit comparé*, Colloque de l'Institut International de Droit d'Expression Française, Bruxelles 30 septembre - 4 octobre 1984.

3. Pour un examen approfondi de l'ensemble de ces questions, nous renvoyons le lecteur aux publications suivantes : Y. Pouillet et X. Thunis, Introduction aux aspects juridiques de la télématique, in *La Télématique, Aspects Techniques, Juridiques et Socio-politiques*, Acte du Colloque de Namur, Gent, Story-Scientia, 1984, t. I n° 60 et s. et B. Amory et Y. Pouillet, *Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : approche de droit comparé, Droit de l'Informatique*, à paraître in *Droit de l'Informatique*, n° 5, 1985.

quelle mesure des documents soumis à un traitement informatique et/ou télématique reflètent-ils fidèlement l'information qu'ils sont supposés contenir? Ces documents sont exposés à deux types de risques : les erreurs (Section 1) et les fraudes (Section 2). Il s'agit d'en évaluer l'importance.

Section 1

Les risques d'erreurs

Les erreurs ont différentes origines : humaine, technique ou externe. Les erreurs qui semblent de loin les plus fréquentes sont les erreurs d'origine humaine⁴. Elles risquent surtout de se produire lors de l'introduction et de la manipulation des données. Ainsi, dans les transferts électroniques de fonds, en l'absence d'une structure normalisée universelle des messages, des risques d'erreur humaine peuvent exister lors des différents encodages effectués par les intermédiaires opérant la transmission d'un ordre bancaire⁵.

Les erreurs d'origine externe sont celles qui sont imputables à l'environnement. Des mauvaises conditions de température ou d'humidité, la présence de poussières, de vibrations, d'électrostatisme ou d'électromagnétisme, des irrégularités dans l'alimentation électrique, etc., sont autant de facteurs qui peuvent être la cause d'une panne, laquelle peut entraîner la déformation ou la suppression des données. C'est pour cette raison que les informaticiens émettent en général de grandes réserves sur la sécurité d'un archivage de longue durée sur mémoire magnétique (c'est-à-dire le support qui a servi au traitement des données dans l'ordinateur) et recommandent plutôt la conservation sur microfilm COM⁶.

Enfin, on qualifiera l'erreur comme étant d'origine technique, lorsque l'erreur résulte d'un mauvais fonctionnement du logiciel, du matériel ou du système de transmission de données reliant différentes entités informatiques. Grâce aux progrès techniques, les erreurs dues à des défauts du matériel et du logiciel sont devenues très rares⁷, mais les défaillances dans les systèmes de communications sont encore fréquentes. Par contre, les premières sont susceptibles d'entraîner des conséquences graves car elles ont souvent un caractère répétitif.

De façon générale, on peut estimer que l'informatique et la télématique ont diminué le risque d'erreurs susceptibles de se produire

4. Voir J.D. Dehetre, *Data Processing Evidence, Is it different?* Chic. Kent Law Rev., 1975, 570; J.A. Sprowl, *Evaluating the Credibility of Computer Generated Evidence*, Chic. Kent Law Rev., 1975, 543.

5. Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. A/CN.9/250/Add. 4, 11 et s.

6. F. Chamoux, *op. cit.*, note (1), p. 105. Voir p. 251, note 14.

7. Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Doc. cit., p. 10.

dans la préparation, la conservation et la transmission des données, mais que les conséquences d'une erreur, toujours statistiquement possible, peuvent être plus graves que dans les systèmes traditionnels, vu le grand nombre d'opérations qui peuvent être traitées par une seule machine et dans un temps réduit.⁸

Section 2

Les risques de fraudes

La fraude se différencie de l'erreur par son caractère intentionnel. Elle a donc nécessairement une origine humaine. Contrairement à l'erreur, elle représente un risque très important et est actuellement considérée par le monde informatique comme un problème majeur.⁹ En effet, bien que les estimations soient très difficiles — peu de fraudes sont déclarées —, la fraude a été chiffrée à 100 millions de dollars par an aux USA et à 30 millions au Japon.¹¹

La fraude peut être le fait des membres du personnel d'une entreprise qui, connaissant le fonctionnement et les clés d'accès au service informatique, s'en servent à des fins personnelles. L'exemple classique est le détournement de fonds par un employé de banque qui programme un ordinateur à cet effet.

Des tiers peuvent également être auteurs de fraudes s'ils réussissent à accéder à un système et à le manipuler, notamment dans les réseaux télématiques où l'emploi de systèmes de télécommunications facilite ces accès frauduleux. Lorsque gratuitement le fraudeur s'emploie à porter atteinte à des systèmes, par exemple en les paralysant par un encombrement volontaire des lignes, on parlera de sabotage informatique ou télématique.

Une autre forme de fraude est l'utilisation abusive par un titulaire de ses moyens d'accès à un système informatique, ainsi l'utilisation d'un système de transfert électronique de fonds au-delà des limites de crédit permises par la banque.

CONCLUSION

Qu'il s'agisse d'erreur ou de fraude, le risque augmente en fonction de la complexité du système que le traitement ou la communication d'une donnée nécessite. Cette complexité résulte aussi bien du nombre d'ordinateurs et logiciels utilisés que du type d'opérations effectuées.

8. *Ibidem*, p. 11.

9. Pour une typologie de la fraude informatique, voir U. Sieber, *Gefahr und Abwehr der Computer Kriminalität Betriebsberater*, 30 août 1982.

10. Voir D.B. Parker, *Combattre la criminalité informatique*, OROS, Paris, 1985, et M. Comer, *How to prevent Computer Fraud*, Asian Banking, 1982, 35-37.

11. M. Briat, *La fraude informatique*, *L'Observateur de l'OCDE*, mars 1984, 36 à 38.

Ainsi, les réseaux télématiques sont davantage exposés à ces risques que les systèmes isolés du fait de l'intervention d'un plus grand nombre de personnes, d'ordinateurs et surtout de la vulnérabilité des liaisons entre ces ordinateurs. De même, une donnée simplement stockée en ordinateur sera moins exposée qu'une donnée à haute valeur ajoutée soumise de ce fait à un traitement plus complexe.

De ce bref tour d'horizon des risques qui menacent la crédibilité des documents soumis à un traitement informatique ou obtenus par voie télématique, il ne faudrait pas conclure qu'ils sont peu fiables. En effet, des mécanismes efficaces de prévention, de détection et de correction des erreurs et de la fraude en diminuent fortement les conséquences. Enfin, il faut garder à l'esprit que la valeur d'un document de sortie d'ordinateur sera toujours dépendante de la valeur des données introduites au départ, c'est ce qu'exprime la formule anglaise « Gigo » : « Garbage in, Garbage out ».

Chapitre 2

LE DROIT DE LA PREUVE ET LES NOUVELLES TECHNIQUES DE TRAITEMENT ET DE CONSERVATION DES DONNÉES

L'archivage de données ne sert pas seulement aux besoins internes des entreprises ; il a également pour objectif de se préconstituer des moyens de preuve qui pourront être utilisés en cas de litiges. De plus, pour certaines données, il vise l'accomplissement d'obligations légales (notamment en matière comptable, fiscale et sociale). Il s'agit d'examiner la valeur probante des données traitées et conservées informatiquement au vu des dispositions du Code civil d'une part (Section 1) et des exigences spécifiques de la législation comptable, fiscale et sociale d'autre part (Section 2).

Section 1

Les dispositions du Code civil

Des bandes magnétiques d'enregistrement direct, c'est-à-dire contenant des données directement saisies par l'ordinateur et ne trouvant donc pas leur origine dans un écrit traditionnel, constituent probablement des originaux au sens du Code civil. Nous n'étudierons cependant pas cette hypothèse pour deux raisons : d'une part, le peu de sécurité offert par la conservation de longue durée sur bandes magnétiques¹² en fait actuellement une pratique relativement rare et, d'autre part, la production de ces informations en justice nécessite, en

12. Cf. Chapitre 1, Section 1, ci-avant.

principe, leur transcription sur des documents de sortie d'ordinateur qui doivent, *a priori*, être considérés comme des copies.¹³

L'enregistrement sur support informatique de données provenant d'écrits traditionnels et la transcription de ces impulsions magnétiques ou électroniques sur des documents de sortie d'ordinateur (imprimés ou microfilms COM¹⁴) constituent incontestablement des copies.

L'article 1334 du Code civil prescrit que les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée. Leur valeur légale est donc, en principe, extrêmement précaire,¹⁵ bien qu'en matière commerciale, les juges ont souvent tendance à leur reconnaître la même valeur qu'à l'original. Toutefois, vu leur caractère nouveau, les copies sur document de sortie d'ordinateur pourraient ne pas inspirer la même confiance que les copies réalisées au moyen de procédés plus anciens et plus connus (photocopies, par exemple).

Telle est encore la situation en droit belge alors que le législateur français a modifié en 1980 plusieurs dispositions du Code civil relatives à la preuve. Le nouvel article 1348, alinéa 2 du Code civil français accorde en effet à certaines copies une valeur probante supérieure à celle prévue à l'article 1334 du Code civil : lorsque l'original n'existe plus, une copie « fidèle et durable » le remplace valablement. Il est précisé qu'« est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». Le critère de la fidélité est plus difficile à remplir : « en effet, comment peut-on juger de la fidélité d'une copie par rapport à un original, lorsque cet original a lui-même disparu¹⁶ ? Les documents d'origine informatique sont particulièrement exposés à des manipulations qui ne laissent pas de trace... Ils risquent donc souvent de ne pas répondre au critère de la fidélité énoncé par le nouvel article 1348 du Code civil français. Pour satisfaire à cette condition légale, la norme AFNOR Z 43061 établit des conditions de réalisation des microfilms destinés à être substitués aux documents originaux. Le respect de ce genre de dispositions exige malheureusement à l'heure actuelle l'usage d'appareillages sophistiqués¹⁷ et coûteux, dont peu d'entreprises peuvent se permettre l'acquisition.

13. Il est intéressant de relever que la jurisprudence américaine a rejeté l'argument selon lequel un imprimé sortant d'un ordinateur n'est que la copie d'un original existant sous forme magnétique ou électronique au motif que sous cette forme les données sont incompréhensibles et inutilisables par l'être humain (King v. State ex rel. Murdock Acceptance Corp., 222, So 2d, 393, Miss. 1969).

14. « Le microfilm de sortie d'ordinateur ou microfilm COM (Computer Out-put Microfilm) traduit sous une forme visible et lisible les informations qui figuraient sur une bande magnétique d'ordinateur » (F. Chamoux, *op. cit.*, p. 138).

15. F. Chamoux, La loi du 12 juillet 1980 : Une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, *J.C.P.* 1980, II, 13491.

16. *Ibidem*, n° 24.

17. Pour une description technique, voir M. Bougon, Naissance d'une méthode et d'une technique nouvelle en micrographie, *CIMAB-Encyclopédie*, septembre 1980.

Section 2

Les dispositions comptables, fiscales et sociales

En plus des exigences générales du Code civil, il existe dans certaines matières, notamment en droit fiscal, comptable et social, des exigences particulières quant à la tenue et à la conservation de certains documents.

Du point de vue du droit comptable,¹⁸ la législation belge n'empêche pas la tenue des livres comptables sous forme de documents d'origine informatique, pour autant que ceux-ci répondent aux différentes exigences de la loi comptable,¹⁹ notamment celle de l'intelligibilité directe et de l'inaltérabilité. La première sera respectée si les documents d'origine informatique sont imprimés sous une forme directement lisible par l'homme (par exemple des listings), la seconde en apposant une signature qui chevauche la page du livre servant de support et le document de sortie d'ordinateur collé sur celui-ci.²⁰

Les pièces justificatives de la comptabilité qui doivent en principe être conservées pendant 10 ans²¹ peuvent l'être en original ou en copie, notamment sous forme de microfilm ou tout autre support analogue.²²

En droit fiscal, la tenue d'une comptabilité au moyen d'un ordinateur pourra servir de base à la décision de l'administration fiscale même si les exigences du droit comptable (voir ci-dessus) n'ont pas été observées.²³ En ce qui concerne les professions libérales, il a été précisé à l'occasion de réponses à des questions parlementaires²⁴ que « le livre journal pouvait être partiellement remplacé par un listing d'ordinateur aux conditions suivantes :

- le listing d'ordinateur doit être conforme au modèle officiel du livre journal annexé aux arrêtés ministériels en la matière ;
- les inscriptions dans le listing d'ordinateur doivent être faites conformément aux prescriptions desdits arrêtés ministériels ;
- les soldes du listing doivent être reportés périodiquement et au moins une fois par mois, au livre journal du modèle officiel, ce dernier devant être coté et paraphé par le contrôleur en chef des contributions directes du ressort, et ce préalablement à tout usage ;
- le listing d'ordinateur fait partie intégrante du livre journal.

18. Pour plus de détails, voir C. Van Wymeersch, J. Autenne et J. de Lame, Le statut comptable et fiscal de l'informatique, *Actes du Cycle de Cours et Conférences sur les Contrats informatiques*, Namur, 1984.

19. Voir la loi du 17 juillet 1975, notamment les art. 8 § 2 et 9 § 1 et l'Arrêté Royal du 12 septembre 1983, notamment l'art. 8.

20. P. Lurkin, *Le nouveau droit comptable belge*, F.E.B., Bruxelles, 1979, n° 19.1.

21. Loi du 17 juillet 1975, art. 9 § 2 et Arrêté Royal du 12 septembre 1983, art. 9.

22. P. Lurkin, *op. cit.*, n° 22.

23. Gent, 3 juin 1980, *J.C.B.*, 1982, 405.

24. Q.P. n° 252 du 15 mars 1984 - Q.R. Chambre 17 avril 1984 et Q.P. n° 224 du 18 avril 1984 - Q.R. Sénat 5 juin 1984. Voir aussi G. Van Wymeersch, J. Autenne et J. de Lame, *op. cit.* note (18), p. 7.

La conservation des pièces justificatives vis-à-vis des autorités fiscales pendant cinq ans porte, en principe, sur les documents originaux, bien qu'une tolérance administrative permette à certaines conditions et moyennant autorisation révocable, la conservation de certains documents (sont exclus les factures et notes de crédit reçues des fournisseurs ainsi que les livres, registres ou répertoires dans lesquels des opérations sont notées au jour le jour) sous forme de microfilms, y compris microfilms COM. Ces conditions portent notamment sur le classement des microfilms et leur accessibilité par les agents de l'administration.²⁵

Enfin, sur le plan du droit social, il a été précisé²⁶ que l'article 24 de l'arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux permet à l'employeur de conserver les documents sociaux sous une autre forme que l'original pour autant qu'ils soient bien lisibles et que la forme de reproduction utilisée permette un contrôle efficace.

CONCLUSION

Ainsi se dégagent progressivement d'une part, le principe de la reconnaissance des documents informatisés comme mode de conservation des documents et, d'autre part, les modalités ou conditions de cette reconnaissance. A cet égard, on notera la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui consacre cette tendance.²⁷

Chapitre 3

LE DROIT DE LA PREUVE ET LES NOUVELLES TECHNIQUES DE CONCLUSION DES TRANSACTIONS

La télématique permet la conclusion de transactions à distance grâce à un dialogue en temps réel entre contractants par l'intermédiaire de leurs ordinateurs reliés par télécommunication : consultation de banques de données, échanges d'informations, transferts électroniques de fonds, ...

Ainsi que le soulignent Y. Pouillet et X. Thunis,²⁸ si l'avantage de la télématique est la rapidité accrue dans la conclusion du contrat, son inconvénient est la fugacité. Les mentions apparaissent et disparaissent à l'écran, rendant problématique la constitution d'une trace de ce qui s'est échangé.

25. C. Van Wymeersch, J. Autenne et J. de Lame, *op. cit.* note (18), p. 10.

26. Q.P. n° 212 du 26 septembre 1980, Q.R. Chambre, 4 novembre 1980.

27. Recommandation n° R (81) 20 du 11 décembre 1981 du Comité des Ministres aux États Membres relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques (ci-annexés).

28. Y. Pouillet et X. Thunis, *op. cit.* note (3), n° 60 et s., la présente contribution reprend de larges passages du rapport cité. L'auteur les remercie pour leur contribution.

Par ailleurs, même si l'on parvient à établir l'existence et le contenu d'un contrat, l'identité des parties à ce contrat n'est pas certaine pour autant. L'identification du terminal ne permet pas de « remonter » à l'identité de la personne qui opère la transaction. Même un mot de passe ou un code secret n'identifie que l'abonné au réseau, mais pas la personne qui effectue l'opération.

Ainsi, la preuve de la transaction pose trois questions différentes²⁹ :

1. la preuve de l'existence d'un contrat : l'hypothèse de contestation la plus radicale est en effet celle où, le principe même du contrat étant remis en cause, il incombe à la partie qui s'en prévaut de montrer qu'il a bien été conclu ;
2. la preuve du contenu du contrat : l'existence n'en est pas contestée mais certaines dispositions (exemple : délai de livraison, modalités de paiement du prix, etc.) ;
3. la preuve de l'identité des parties à ce contrat.

Section 1

Les exigences légales

1. Le préalable : la distinction acte-fait juridique

Le droit civil distingue nettement la preuve des actes juridiques de celle des faits juridiques. La distinction entre les deux notions n'est pas facile. On retient généralement, comme critère de distinction, que les conséquences de droit d'un acte juridique ont été volontairement recherchées par son auteur alors que celles d'un fait juridique sont indépendantes de sa volonté.³⁰

Si la distinction « acte-fait juridique » n'est pas chose aisée, la conséquence en ce qui concerne le régime de la preuve est importante. Le fait juridique peut être prouvé par tous les moyens de droit : présomptions, témoignages, aveu, etc. Par contre, en matière d'acte juridique, le code impose, en principe, l'obligation de rédiger un écrit signé à titre probatoire.

Cette exigence a été réaffirmée à de nombreuses reprises. En particulier, les juges³¹ ont refusé de prendre en considération comme écrit les échanges de correspondance par télécopieur au motif que l'original composé à distance n'est pas signé et ne peut donc être considéré comme un acte sous seing privé.

29. F. Chamoux, La force probante des supports modernes d'information, *Informatique et Gestion*, 1981, n° 126, 25 et 26.

30. Voir la thèse de Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, Paris, 1970.

31. Cass. comm. fr., 19 nov. 1973, *Bull. civ.*, 1973, IV, n° 333 ; G. Goubeaux et D. Rühl, v° Preuve, *Dalloz, Rép. dr. comm.*, 1979, n° 944.

2. Le principe

L'article 1341 du Code civil pose le principe de l'exigence d'un écrit (acte authentique ou sous seing privé) pour tout acte juridique.

L'application de ce principe aux transactions télématiques amène à s'interroger sur leur valeur probante : les conventions passées par les réseaux télématiques se dématérialisent ; la signature écrite, expression de la personnalité d'un individu et de son adhésion au contenu d'un acte disparaît.

Les traces éventuelles de la transaction gardée sur support magnétique ou électronique ne peuvent donc, apparemment du moins, avoir valeur probatoire, ni servir à l'établissement de la vérité judiciaire. Cette conclusion un peu rapide doit être nuancée.

Section 2

Les exceptions au principe et leur application aux contrats télématiques

Elles sont nombreuses. Ainsi,

lorsque l'existence de l'acte n'est pas contestée mais bien son contenu, la jurisprudence française admet que la restriction à l'admissibilité des modes de preuve ne joue pas³² ;

les transactions relatives à de petits montants (jusqu'à 5 000 FF et 3 000 FB) peuvent être prouvées par tout moyen de droit. Ce sera souvent le cas pour les opérations réalisées à des guichets automatiques de banques et terminaux points de vente³³, ainsi que pour les consultations de banques de données ;

l'art. 1341 du C. civ. s'applique quand la matière, c'est-à-dire l'acte, relève du droit civil (art. 1341, al. 2) ; en matière commerciale, la preuve est libre et tous les modes de preuve sont recevables sous le contrôle du juge. L'exigence d'une preuve écrite se fera donc moins sentir dans la télématique professionnelle que dans la télématique grand-public puisque la première met souvent en relation des commerçants tandis que la seconde, dans la plupart des hypothèses, rend possible, à distance, un contrat entre un commerçant et un non-commerçant. L'acte est alors « mixte » et c'est la qualité du défendeur qui est déterminante quant au droit de la preuve.

Ensuite, selon de nombreux auteurs³⁴, l'article 1341 du Code civil n'est ni une disposition impérative, ni une disposition d'ordre public.

32. Voir J. Ghestin et Y. Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, t. I, Les obligations, Paris, 1982.

33. Voir à ce sujet le rapport de D. Syx sur les transferts électroniques de fonds, dans le présent volume.

34. Voir X. Malengreau, Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents, *Annales de Droit de Louvain*, 1982, 117 et les références citées à la note (25).

Ainsi, il serait possible de déroger à la règle de l'écrit dans une convention relative à la preuve précisant que les opérations juridiques passées sur le réseau peuvent être prouvées par toutes voies de droit. Cette convention peut revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations qui seront passées par un service télématique. C'est cette solution qui a été adoptée pour les guichets de banques et terminaux points de vente en Belgique.

Enfin, l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas davantage lorsqu'il n'a pas été possible à celui qui invoque le fait de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (art. 1348, C. civ.) ou lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347, C. civ.).

Selon certains auteurs, l'utilisation de systèmes informatiques ou de réseaux télématiques, du moins dans ses applications grand-public, constituerait l'exception prévue à l'article 1348 du Code civil et même à l'article 1347 du Code civil³⁵. Cette interprétation s'accorde en tous cas avec la conception extensive, en jurisprudence, de l'impossibilité de se réserver une preuve écrite³⁶.

On sait que la loi française récente du 12 juillet 1980 a entériné cette évolution jurisprudentielle en prévoyant la dispense d'écrit au cas où il y a « impossibilité matérielle » de se procurer un tel écrit. Comme le note F. Chamoux³⁷, « il sera relativement facile au juge de considérer qu'il y a eu impossibilité de rédiger un écrit, chaque fois qu'il se trouvera en face d'un procédé de transmission de données dématérialisées ».

Il ressort de cette analyse de la portée de l'article 1341 du Code civil que le principe même de l'écrit signé (*instrumentum*) requis pour faire preuve d'un acte juridique souffre de larges exceptions qui le rendent finalement très rarement applicable dans les transactions télématiques.

Chapitre IV

VERS DES SOLUTIONS TECHNIQUES

Même si les procédés modernes, informatiques ou télématiques, de conservation de documents et de conclusions des transactions sont, dans la plupart des cas, des moyens de preuve admissibles, les problè-

35. D. Syx, *Aspects juridiques du mouvement électronique de fonds*, Kredietbank, Bruxelles, 1982, et X. Linant de Bellefonds et A. Hollande, *Droit de l'Informatique*, J. Delmas et Cie, Paris, 1984, p. 122.

36. Dans ce sens X. Malengreau, *op. cit.*, 116 ; J. Van Rijn et J. Heenen, *Traité de droit commercial*, t. I, 481 ; Ph. Malinvaud, L'impossibilité de la preuve écrite, *J.C.P.*, 1972, I, 2462. Dans la jurisprudence belge, Liège, 20 juin 1978, *Jur. Liège*, 21 octobre 1978.

37. F. Chamoux, *op. cit.*, 3008.

mes de preuve qu'ils suscitent n'en sont pas pour autant solutionnés. Il reste en effet à convaincre le juge de leur fiabilité. Ainsi qu'il en ressort des propos d'un juge américain, ce ne sera pas toujours chose facile : « ayant comme beaucoup d'autres citoyens reçu des factures informatisées pour des montants que j'avais payés depuis longtemps, je ne suis pas prêt à accepter le produit d'un ordinateur comme la sainte écriture »³⁸.

C'est à propos des transactions télématiques que ces difficultés se manifesteront avec le plus d'acuité. On ne procédera pas ici à une analyse des modes techniques d'administration de la preuve. On citera seulement quelques techniques susceptibles de fournir une solution aux problèmes de la preuve aux trois niveaux où ils se posent.

Au niveau de la preuve de l'existence de la convention, il existe des terminaux de fac-similé fonctionnant en réception et en mode local (copie). Il serait possible de les utiliser pour démontrer qu'un appel a été reçu à une date et à une heure déterminées. On pourrait aussi imaginer que le terminal soit muni d'une imprimante travaillant en caractères différents suivant que le message émane ou non de l'abonné. Mais il s'agit là d'une solution coûteuse.

En ce qui concerne la preuve de l'identité des parties, l'utilisation d'un code secret (ou d'un numéro d'abonnement) ne permet d'identifier que l'abonné ou le titulaire des moyens d'accès mais pas la personne physique qui conclut la transaction.

Des techniques de reconnaissance à distance d'une caractéristique physique de l'individu (par exemple la voix ou les empreintes digitales) ou de reconnaissance dynamique de la signature permettraient une telle identification. De telles techniques sont actuellement à l'étude.

Quant à la preuve du contenu de la transaction, deux problèmes se posent : il s'agit de prouver que le contenu de la transaction n'a pas été modifié par le destinataire et qu'il n'a pas été modifié au cours de la transmission³⁹. Il ne semble pas qu'il en existe, à part les procédures de chiffrement à clé de méthode opérationnelle en ce domaine.

La plupart des solutions techniques que nous venons d'évoquer supposent qu'aussi bien le fournisseur de services télématiques que l'utilisateur disposent de moyens financiers et techniques importants leur permettant d'implémenter de telles solutions. C'est pourquoi, dans certains cas, un renversement de la charge de la preuve serait peut-être souhaitable, à l'instar de la législation américaine sur les transferts électroniques de fonds⁴⁰. On imposerait aux gestionnaires des systè-

38. Perma Research and Development v. Singer Co., 452, F. 2d, 111 2d Cir. 1976 - Dissenting opinion du Juge Van Graafeiland.

39. Voir J.P. Chamoux, H. Delahaie, A. Grissonanche, *Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques*, Rapport de synthèse, document dactylographié, sept. 1980, p. 36.

40. Electronic Fund Transfer Act U.S.C. 15 Sect. 1693 et s.

mes par lesquels se concluent des transactions et s'en conservent la trace de démontrer la crédibilité des moyens de preuve qu'eux-mêmes ont produits⁴¹. A ce sujet, il faut reconnaître avec D. Syx⁴² qu'après quatre années d'expérience certains systèmes (en l'occurrence les systèmes belges de guichets automatiques de banques et terminaux points de vente) se sont révélés très fiables et que les supports qu'ils produisent (la bande journal) « présentent des caractéristiques telles qu'ils jouent toujours un rôle déterminant dans l'administration et dans l'appréciation de la preuve par le juge au sein d'un litige ».

CONCLUSION

Afin de faciliter le développement des possibilités offertes par l'informatique et la télématique et de favoriser l'emploi de ces techniques, il faut leur donner un environnement juridique adéquat garantissant la sécurité juridique des services qu'elles procurent. Certains pays ont déjà modifié (ou sont en voie de le faire) leur législation en cette matière. Ces interventions législatives ne peuvent se faire sans tenir compte de l'importance de deux facteurs. Le premier tient à la nature même des technologies modernes de l'information qui leur donne d'emblée une portée internationale. Cet aspect ne peut être négligé dans l'élaboration de nouvelles règles de droit. Il s'agit de donner à celles-ci un caractère harmonieux afin d'éviter de sérieux problèmes de droit international privé. Le deuxième facteur tient au fait que les nouvelles technologies de l'information sont encore en pleine évolution. Il s'agit alors d'éviter que d'éventuelles nouvelles normes de droit ne soient immédiatement dépassées par la technique qu'elles entendent réglementer.

41. Soulignons toutefois que la « carte à mémoire » actuellement expérimentée dans certains endroits permettra à son titulaire d'y conserver la trace de toutes les opérations qu'il a effectuées.

42. D. Syx, Le transfert électronique de fonds : un droit hésitant face à une réalité galopante, in *La Télématique*, Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, Actes du Colloque de Namur, Gent, Story Scientia, t. II.

43. Voir CNUDCI, Projet de Guide juridique sur les transferts électroniques de fonds, Rapport du Secrétaire Général, A/CN.9/250 et Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (81) 20 du 11 décembre 1981.

CONSEIL DE L'EUROPE COMITÉ DES MINISTRES

RECOMMANDATION N° R (81) 20

DU COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES

RELATIVE À L'HARMONISATION DES LÉGISLATIONS EN MATIÈRE D'EXIGENCE D'UN ÉCRIT ET EN MATIÈRE D'ADMISSIBILITÉ DES REPRODUCTIONS DE DOCUMENTS ET DES ENREGISTREMENTS INFORMATIQUES⁴⁴

*(adoptée par le Comité des Ministres le 11 décembre 1981,
lors de la 341^e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres ;

Considérant que de plus en plus les entreprises ont recours aux procédés de reproduction des documents par micrographie et aux techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur, en détruisant les originaux, s'ils existent, afin d'économiser les coûts d'archivage et des locaux ;

Considérant l'absence, dans la plupart des États, d'une réglementation générale en la matière, notamment en ce qui concerne l'admissibilité de ces reproductions et enregistrements ;

Conscient du besoin d'une telle réglementation en raison des développements de la pratique et de l'opportunité d'arriver à des solutions harmonisées entre les États membres qui se justifient en raison du caractère international du problème, dans un État que, de plus en plus, les reproductions et enregistrements faits dans un État sont susceptibles d'être présentés comme preuve dans un autre État ;

Convaincu de l'opportunité d'harmoniser les règles nationales relatives à l'exigence d'un écrit pour les actes dont la valeur dépasse

44. Lors de l'adoption de la recommandation et en application de l'article 10.2 du Règlement intérieur des réunions des Délégués des Ministres :

- les délégués de la Belgique et de l'Italie ont réservé le droit de leur Gouvernement de se conformer ou non au point III de cette recommandation ;
- les Délégués de l'Autriche, de la Norvège et de la Suède ont réservé le droit de leur Gouvernement de se conformer ou non à l'article 2 de l'annexe de cette recommandation ;
- le Délégué du Royaume-Uni a réservé le droit de son Gouvernement de se conformer ou non au point II de cette recommandation ;
- le Délégué de la France a réservé le droit de son Gouvernement de se conformer ou non à cette recommandation.

un minimum fixé par la loi et d'harmoniser également les délais de conservation des documents,

Recommande :

1. Aux gouvernements des États membres dont la législation impose la preuve par écrit pour les actes dont la valeur dépasse un minimum fixé par la loi.

a. d'examiner la possibilité de supprimer cette exigence ;

b. de prévoir, dans tous les cas où l'exigence de l'écrit serait maintenue, que la forme écrite sera nécessaire seulement pour les actes dont la valeur est égale ou supérieure à la somme en monnaie nationale correspondant au moins à 728 droits de tirage spéciaux tels que définis par le Fonds monétaire international au moment de la mise en œuvre de la présente recommandation par chaque État ;

c. d'examiner, en tenant compte de l'évolution de la situation économique, l'opportunité de réviser la somme indiquée sous b ci-dessus au moins tous les cinq ans à partir de la date d'adoption de la présente recommandation.

2. Le paragraphe 1 n'affecte pas les cas où la législation nationale exige l'écrit pour la validité de l'acte.

II. Aux gouvernements de tous les États membres :

de fixer à une période ne dépassant pas dix ans le délai de conservation obligatoire des livres et documents qu'un commerçant doit conserver en vertu de la loi nationale.

III. Aux gouvernements de tous les États membres :

de conformer leur législation relative aux reproductions de documents par micrographie ou aux enregistrements informatiques, aux règles contenues dans l'annexe à la présente recommandation ou, en cas d'absence d'une telle législation, d'en adopter une conforme aux dites règles.

Annexe à la Recommandation n° R (81) 20

Règles

Article 1

1. Les commerçants, et toute autre personne définie par la loi nationale, peuvent conserver sous forme de reproduction de l'original par micrographie leurs livres et les documents relatifs aux transactions auxquelles ils sont parties ou qui les concernent, sauf dans les cas fixés par la législation nationale. Celle-ci indiquera également les livres, documents et données pouvant être enregistrés sur ordinateur.

2. Les documents qui ont été à l'origine de la reproduction et de l'enregistrement permis par la législation nationale peuvent être détruits. Cependant, les États peuvent exiger que les documents soient conservés pendant une certaine période, laquelle ne devra pas dépasser deux ans.

Article 2

Une reproduction et un enregistrement effectués conformément aux articles 3, 4 et 5 des présentes règles seront admis à titre de preuve dans les procédures judiciaires. Cette reproduction et cet enregistrement seront présumés être une reproduction ou un enregistrement fidèle et complet des documents originaux ou des informations qui y sont relatées, sauf preuve contraire.

Article 3

1. Les reproductions ou enregistrements effectués sous la responsabilité de la personne visée à l'article 1 doivent satisfaire aux règles suivantes :

- a. correspondre fidèlement soit aux documents originaux, soit à l'information qui est à l'origine de l'enregistrement ;
- b. être effectués de façon systématique et sans lacune ;
- c. être effectués selon des instructions de travail, établies conformément à la législation nationale et conservées aussi longtemps que les reproductions ou enregistrements ;
- d. être conservés avec soin, dans un ordre systématique, et protégés contre toute altération.

2. Lorsque le document qui a fait l'objet d'une reproduction ou qui est à l'origine d'un enregistrement est détruit, les indications suivantes doivent être conservées avec l'enregistrement et sur la reproduction, si possible, ou, à défaut, avec elle :

- a. l'identité des personnes responsables de la reproduction ou de l'enregistrement et de celles les ayant effectués ;
- b. nature du document ;
- c. lieu et date de la reproduction ou de l'enregistrement ;
- d. les défauts éventuels constatés pendant la reproduction ou l'enregistrement.

Article 4

Les conditions suivantes doivent être respectées lors de la reproduction d'un document par micrographie :

- a. la reproduction doit constituer une image indélébile, fidèle et durable de l'original ;

b. la reproduction doit permettre de déterminer l'ordre de prise de vue ;

c. la reproduction doit être parfaitement lisible et techniquement satisfaisante ; la fidélité de la reproduction doit être vérifiée avant la destruction de l'original ;

d. la reproduction doit être toujours disponible pour consultation par les personnes ayant droit de regard.

Article 5

1. Les règles suivantes s'appliquent aux programmes informatiques :

a. la documentation de programme, les descriptions de fichiers et les instructions de programme doivent être directement lisibles et tenues soigneusement à jour sous la responsabilité de la personne visée à l'article 1 ;

b. les documents définis à l'alinéa a ci-dessus doivent être conservés sous une forme communicable aussi longtemps que les enregistrements auxquels il se réfèrent.

2. Si, pour une raison quelconque, les données enregistrées sont transférées d'un support informatique à un autre, la personne visée à l'article 1 doit démontrer leur concordance.

3. Les règles suivantes s'appliquent aux systèmes informatiques dans leur ensemble :

a. les systèmes doivent comporter les sécurités nécessaires pour éviter une altération des enregistrements ;

b. les systèmes doivent permettre de restituer à tout instant les informations enregistrées sous une forme directement lisible.

CONCLUSION

L'auteur remercie MM. Yves Pouillet et Xavier Thunis pour leur collaboration dans la rédaction du présent rapport.